

ALLEN TEGEN ÉÉN:

OVER DE RECHTSVORDERING TOT COLLECTIEF HERSTEL EN DE BESCHERMING VAN PERSOONSGEGEVENS OP HET INTERNET

Y.S. Van Der Sype, W. Vandenbussche, I. Samyn, N. Portugaels¹

§1. INLEIDING

Inbreuken op de gegevensbeschermingswetgeving hebben heel vaak te maken met activiteiten op het internet. Het internet biedt een grenzeloos platform waarop dagelijks een massa aan gegevens wordt gedeeld en verwerkt (bijvoorbeeld in het kader van sociale media, via online communicatie of door e-shopping). Door het toenemend gebruik van online technologieën vergroot de kans dat persoonsgegevens op onrechtmatige wijze worden verwerkt. Steeds vaker benadeelt eenzelfde inbreuk op de gegevensbeschermingswetgeving grote groepen personen. Typisch voor dergelijke praktijken is dat de potentiële schade van de individuen erg klein is, hoewel de totaalwaarde van de inbreuk grote proporties kan aannemen (strooischade-fenomeen).² Strooischade duikt bijvoorbeeld ook op bij vlucht- en treinvertragingen, storingen van banksystemen of bij misleidende reclame. Deze bijdrage behandelt de schade die het gevolg is van inbreuken op de wetgeving betreffende de bescherming van persoonsgegevens.

De actuele relevantie van dit probleem blijkt bijvoorbeeld uit het enthousiasme waarmee bepaalde Europese burgers zich achter de Oostenrijkse privacy-activist Max Schrems hebben geschaard, in zijn procedure tegen Facebook Ireland.³ Schrems stapte samen met 25.000 anderen (die hij als *lead plaintiff* vertegenwoordigt) naar de rechtbank te Wenen om Facebook tot een correcte naleving van de privacywetgeving te dwingen. De globaliteit en de omvang van deze zaak illustreren de noodzaak van efficiënte persoonsgegevensbescherming in onze huidige informatiemaatschappij.

In België voorziet de Wet Verwerking Persoonsgegevens (hierna verkort: WVP) in een aantal bepalingen die het toelaatbaar gebruik van persoonsgegevens regelen.⁴ Deze beginselen bepalen onder meer dat gegevens eerlijk en rechtmatig moeten worden verwerkt (art. 4, §1, 1° WVP). Bovendien moet de verwerking worden beperkt tot wat noodzakelijk is voor een welbepaald, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigd doeleinde (art. 4, §1, 2° WVP).

Wanneer een betrokkene zich in zijn of haar rechten geschonden voelt, kan hij/zij zich wenden tot de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer. De Commissie tracht ontvankelijke klachten eerst in der minne te regelen, maar als blijkt dat bemiddeling onmogelijk of ongewenst is, kan de zaak alsnog voor de rechtbank worden gebracht (art. 31 WVP). Eén van de problemen van deze procedure is dat ze vaak gericht is op een individuele afhandeling, terwijl ook grote groepen personen

¹ De auteurs richten hun oprechte dank aan dr. E. Kindt en prof. dr. I. Samoy voor hun constructieve begeleiding en waardevolle suggesties bij het schrijven van deze bijdrage.

² P. Taelman en Ph. Thion, "Bundeling van vorderingen", *TPR* 2003, 1516; I. Tzankova, *Toegang tot het recht bij massaschade*, Deventer, Kluwer, 2007, 2.

³ Zie hierover: <https://www.fbclaim.com/ui/register>.

⁴ Wet 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.* 18 maart 1993.

door een onregelmatigheid in de verwerking kunnen worden getroffen. Zo was er bijvoorbeeld het gegevenslek bij de NMBS waardoor de namen en adressen van meer dan 700.000 NMBS-kanten vrijelijk op het internet konden worden teruggevonden.⁵ Daarnaast was er het gegevenslek bij Jobat waardoor de loongegevens van een 15.000-tal individuen werden gelekt nadat zij hadden deelgenomen aan Jobat's salarisenquête.⁶

Onder de vroegere wetgeving was de individuele procedure het enige middel waarover de rechtzoekende beschikte om zijn rechten te doen naleven. Daarbij vormden het gebrek aan kennis van rechten en verhaalmiddelen, samen met de kosten die aan de rechtsprocedure zijn verbonden, een aanzienlijke barrière. In veel gevallen bestond er zelfs een rationele desinteresse om een vordering in te stellen, omdat men vreesde dat de potentiële schadevergoeding de gemaakte procedurekosten niet zou dekken. Aangezien er dus geen initiatief werd genomen tot het starten van een procedure, bestond het risico dat de overtreder ongestraft bleef.⁷

De Belgische wetgever tracht met de nieuwe regelgeving over 'de rechtsvordering tot collectief herstel'⁸ aan die problematiek tegemoet te komen⁹. Het Belgisch Staatsblad van 29 april 2014 publiceerde twee wetten die het boek XVII 'Bijzondere gerechtelijke procedures'¹⁰ van het Wetboek Economisch Recht (hierna verkort: WER) aanvullen met een titel 2 'Rechtsvordering tot collectief herstel'.¹¹ Deze nieuwe bepalingen, die op 1 september 2014 in werking traden¹², leggen de juridische basis voor een rechtsvordering tot collectief herstel van schade die door een onderneming aan een groep van consumenten werd toegebracht. Deze rechtsvordering is volkomen nieuw in het Belgische juridische arsenaal. Ze zou substantieel moeten bijdragen tot een betere naleving en verdediging van de rechten van de consument.

⁵ Zie hierover, bijvoorbeeld: <http://datanews.knack.be/ict/nieuws/meer-werk-voor-de-privacycommissie-door-datalek-nmbs-en-nsa-affaire/article-4000654095942.htm>; http://www.bigbrotherawards.be/bestanden/uploads/BBA2013_dossier_Datalek_NMBS.pdf.

⁶ Zie hierover, bijvoorbeeld: <http://www.privacycommission.be/nl/nieuws/gegevenslek-salarisenquete-jobat>.

⁷ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een class action in Belgisch recht?", *TPR* 2007, 13; I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS, *et al.*, "De dynamiek van het schadeverreichte (1804-heden)", in B. DEBAENST en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804- heden)*, Brugge, Die Keure, 2014, 165.

⁸ De keuze voor de term 'rechtsvordering' kan bekritiseerd worden, omdat een rechtsvordering staat voor het *ius agendi* of het recht om een subjectief recht te laten honoreren. In feite gaat het hier over de effectieve uitoefening ervan, namelijk om een 'vordering in rechte' (P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 195).

⁹ Zie hierover, bijvoorbeeld: B. ALLEMEERSCH en M. PIERS, "De invoering in België van een class action naar Amerikaans recht", in G. CLOSSET-MARCHAL en J. VAN COMPERNOLLE (eds.), *Naar een "class action" in het Belgische Recht*, Brugge, Die Keure, 2008, 1; W. EYSKENS en N. KALUMA, "La class action et le droit belge", *JT* 2008, 481; M. PIERS en E. DE BAERE, "Collectief slachtofferschap in rechtsvergelijkend perspectief", *Orde van de Dag* 2011, afl. 53, 17; E. STOOP, "Class Action", *Ad Rem* 2008, afl. 5, 29; S. VOET, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsvordering*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 433.

¹⁰ Wet van 27 maart 2014 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek XVII 'Bijzondere rechtsprocedures' van het Wetboek van Economisch Recht en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de hoven en rechtbanken te Brussel een exclusieve bevoegdheid toe te kennen om kennis te nemen van de rechtsvordering tot collectief herstel, bedoeld in boek XVII, titel 2 van het Wetboek van Economisch Recht, *B.S.* 29 april 2014.

¹¹ Wet van 28 maart 2014 tot invoeging van titel 2 'Rechtsvordering tot collectief herstel' in boek XVII 'Bijzondere rechtsprocedures' van het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van Economisch Recht, *B.S.* 29 april 2014.

¹² KB 4 april 2014 betreffende de inwerkingtreding van bepaalde boeken van het Wetboek van Economisch Recht, *B.S.* 29 april 2014.

In deze bijdrage wordt eerst en vooral de nieuwe regelgeving rond collectief rechtsherstel kort uiteengezet (§2. De nieuwe wetgeving). Die bestaat zowel uit een aantal algemene bepalingen alsook uit een reeks procedureregels die afwijken van het gemeen procesrecht. We bespreken vier bijzondere kenmerken die belangrijk zijn voor het verdere verloop van deze bijdrage.¹³ Daarbij vergelijken we de nieuwe wet telkens ook met zijn Nederlandse equivalent, de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (hierna verkort: de WCAM).¹⁴ Zo zetten we de eigenheid van de Belgische rechtsvordering extra in de verf. Ten slotte koppelt het einde van elk onderdeel nog eens terug naar de specifieke casus van de schending van persoonsgegevensrechten.

In de daarop volgende paragraaf (§3. Enkele potentiële struikelblokken) gaan we dieper in op enkele knelpunten die de toepassing van de nieuwe wet in het kader van de WVP kunnen bemoeilijken. Deze knelpunten houden verband met de vereiste hoedanigheid van de schadelijders, de moeilijke notie gemeenschappelijke oorzaak, het oorzakelijk verband en de beoordeling van de schade die door inbreuken tegen de WVP werd veroorzaakt.

§2. DE NIEUWE WETGEVING

A. HET BEPERKTE TOEPASSINGSGBIED

Een eerste belangrijke eigenschap van de rechtsvordering tot collectief herstel is haar begrensde toepassingsgebied. Deze volgt in de eerste plaats uit de opname van de nieuwe wet in het WER en niet in het Gerechtelijk Wetboek. Hierdoor staat de vordering enkel open voor geschillen die rijzen tussen ondernemingen en consumenten.¹⁵ Daarenboven moet de ingeroepen oorzaak een mogelijke inbreuk door de onderneming uitmaken op een van haar contractuele verplichtingen, op een van de Europese verordeningen of wetten bedoeld in artikel XVII.37 WER of op een van hun uitvoeringsbesluiten (Art. XVII.36, 1° WER). Artikel XVII.37 WER bevat een exhaustieve lijst van negen boekdelen van het WER en dertig andere verordeningen en wetten waarvan de niet-naleving aanleiding kan geven tot een rechtsvordering tot collectief herstel.

De Nederlandse WCAM daarentegen, die in 2005 werd ingevoerd, heeft geen beperkt toepassingsgebied. Artikel 7:907 van het Burgerlijk Wetboek (hierna verkort: NBW) vermeldt enkel de *“schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen”*. Ieder schadegeval komt op basis van de WCAM dus voor vergoeding in aanmerking. Benadeelden hoeven niet noodzakelijk consumenten te zijn. De ontstaansreden van de WCAM ligt in een berucht en eerder dramatisch geval van productaansprakelijkheid, namelijk de DES-zaak.¹⁶ DES was een medicijn dat van 1950 tot 1970 werd gebruikt om het risico op miskramen te verminderen, maar achteraf bleek dat het

¹⁵ In tegenstelling tot eerder voorstellen, zie het wetsontwerp van DECLERCK en MAGNETTE (Ontwerp van wet betreffende de procedures tot collectieve schadeafwikkeling, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 53K2863/001 en 53K28684/001), het wetsvoorstel van Ecolo en Groen (Wetsvoorstel tot wijziging van het Ger.W wat het instellen van een collectieve rechtszaak betreft, *Parl.St.* Kamer 2008-09, nr. 52-2019/002) en het voorstel van de Orde van Vlaamse Balies (OVb-voorstel class actions, www.advocaat.be/UserFiles/Positions/OVB-wetsvoorstel%20class%20actions%20website.pdf).

¹⁶ Hof Amsterdam 1 juni 2006, LJN AX6440. Voor een meer uitgebreid overzicht van deze zaak, zie D.W. HAWES, “U.S.-Style Class Actions and European Collective Actions” in M. TISON, H. DE WULF, C. VAN DER ELST, *et al*, *Perspectives in Company Law and Financial Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, 207.

ook heel wat geboortegebreken en een verhoogd risico op kanker zou hebben veroorzaakt.¹⁷ Na de DES-zaak werd in Nederland nog in zes andere zaken toepassing gemaakt van de WCAM. Het betrof hier steeds ondernemingsrechtelijke geschillen, waarbij gedupeerde beleggers schade hadden geleden door misleiding op de financiële markten.¹⁸

De WVP is één van de wetten die artikel XVII.37 WER weerhoudt (art. XVII.37, 10° WER). Het beperkte toepassingsgebied van de WER vormt dus geen belemmering voor een groep personen die een grootschalige schending van hun persoonsgegevens door een onderneming aan de kaak wil stellen. Dat is bijvoorbeeld anders voor slachtoffers van grote rampen of medische fouten, die in beginsel niet onder het toepassingsgebied van de nieuwe wet ressorteren.¹⁹

B. DE ROL VAN DE GROEPSVERTEGENWOORDIGER

Op basis van de nieuwe wet moet de groep van consumenten slechts worden vertegenwoordigd door één enkele groepsvertegenwoordiger. De wetgever heeft daarbij de uitdrukkelijke keuze gemaakt om enkel verenigingen met rechtspersoonlijkheid de mogelijkheid te bieden om de groep te vertegenwoordigen. De nieuwe wet gaat in die optiek verder op hetzelfde elan als de eerdere wetsvoorstellen.²⁰

Artikel XVII.39 WER duidt in een exhaustieve lijst de instanties aan die als groepsvertegenwoordiger kunnen optreden.²¹ Deze functie is beperkt tot (1) een vereniging ter verdediging van de consumentenbelangen die rechtspersoonlijkheid bezit en voor zover zij in de Raad voor het Verbruik vertegenwoordigd is of door de minister is erkend, (2) een vereniging met (minimum drie jaar) rechtspersoonlijkheid die door de minister is erkend, waarvan het maatschappelijk doel in rechtstreeks verband staat met de collectieve schade die door de groep is geleden en die niet op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, of (3) voor wat betreft de fase van de minnelijke onderhandelingen, een autonome openbare dienst (federale ombudsman). De website van de FOD Economie geeft duidelijk weer welke instanties voorlopig kunnen optreden als groepsvertegenwoordiger. In totaal zijn er dertien instellingen in de Raad voor het Verbruik die optreden ter behartiging van de belangen van de consument.²² Nochtans kunnen er van deze dertien slechts een aantal optreden als groepsvertegenwoordiger, aangezien de overige instellingen geen

¹⁷ In België voltrok zich in dezelfde periode (tussen 1957 en 1961) een gelijkaardig drama met het medicijn Softenon, waardoor kinderen met een vreselijke verminking werden geboren.

¹⁸ E. DE BAERE, "De Nederlandse class settlement: over de wet collectieve afwikkeling massaschade en haar internationale impact", *TPR* 2013, 2563; W. VANDENBUSSCHE, "Grensoverschrijdende collectieve vorderingen van gedupeerde beleggers", *RW* 2013, 253.

¹⁹ Amendement (K. UYTTERSROT) op het wetsontwerp tot invoeging van titel 2 "Rechtsvordering tot collectief herstel" in boek XVII "Bijzondere gerechtelijke procedures" van het wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van Economisch Recht, *Parl. St. Kamer* 2013-14, nr. 53-3300/003.

²⁰ Wetsontwerp van 17 januari 2014 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek XVII "Bijzondere rechtsprocedures" van het Wetboek van Economisch Recht en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de hoven en rechtbanken te Brussel een exclusieve bevoegdheid toe te kennen om kennis te nemen van de rechtsvordering tot collectief herstel, bedoeld in boek XVII, titel 2, van het Wetboek Economisch Recht, *Parl. St. Kamer*, 2013-2014, nr. 53-3301/1.

²¹ F. DANIS, E. FALLA en F. LEFEVRE, "Introduction aux principes de la Loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques", *TBH* 2014/6, 571.

²² Zie voor de volledige lijst: http://economie.fgov.be/nl/binaries/Samenstelling_Raad_Verbruik_tcm325-225389.pdf.

rechtspersoonlijkheid bezitten. De bevoegde instellingen zijn: Gezinsbond, Kristelijke Arbeiders Vrouwen-beweging (FEMMA), Kristelijke Werknemersbeweging (KWB), Ligue des Familles, Test-Aankoop, Verbraucherschutzzentrale Ostbelgien VSZ en Verbruikersatelliet vzw.²³

De wetgever heeft er bewust voor gekozen om commerciële instellingen, vakbonden en advocatenkantoren niet toe te laten als groepsvertegenwoordiger. De belangrijkste argumenten tegen de mogelijkheid om advocaten te laten optreden als groepsvertegenwoordiger haalt men uit de Amerikaanse praktijk, met als belangrijke uitschieter het remuneratiesysteem. De vrees bestond immers dat advocaten er een lucratieve praktijk van zouden maken en misbruiken zouden ontstaan.²⁴ Die vrees moet evenwel worden genuanceerd. In België bestaat immers een verbod op zogenaamde *contingency fees*. Dat *contingency fee* systeem houdt in dat de advocaat de procesvoerende partij initieel niets aanrekent voor zijn dienstverlening, maar in plaats daarvan een bepaald percentage van de schadevergoeding (bijvoorbeeld 30%) verkrijgt indien hij de zaak wint of een schikking kan afsluiten.²⁵

De Nederlandse WCAM-procedure werkt, net zoals de Belgische regelgeving, ook met een groepsvertegenwoordiger, maar koppelt daar minder strikte eisen aan vast.²⁶ Artikel 7:907, lid 1 NBW spreekt enkel over: “*één of meer stichtingen of verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, [...] mits de stichtingen of verenigingen de belangen van de personen aan wie de schade is veroorzaakt ingevolge haar statuten behartigen.*” Bijgevolg loopt het karakter van de organisaties die al als groepsvertegenwoordiger zijn opgetreden nogal uiteen. Het omvat professionele belangenbehartigers (zoals de Vereniging van Effectenbezitters en de Consumentenbond), maar ook individuen en families die zelf schade hebben geleden. Bovendien is het mogelijk *ad hoc* een stichting op te richten ten behoeve van andere gedupeerden.²⁷ Dat laatste is in België ingevolge de rechtsvordering tot collectief herstel uitgesloten. Toch is men in Nederland ook behoedzaam voor het commercialiseren van belangenorganisaties. Men wil de zogenaamde ‘claimstichtingen’ aanpakken die benadeelden enkel verdedigen vanuit eigen geldelijk gewin. Voorlopig werden hiervoor twee oplossingen uitgewerkt. In de eerste plaats werd in juni 2011 een ‘Claimcode’ geïntroduceerd, waarin onder andere kwaliteitseisen werden geformuleerd voor *ad-hoc* stichtingen en verenigingen.²⁸ Daarnaast werd in artikel 3:305a NBW een representativiteitseis ingevoerd. Deze bestaat erin dat de vordering van “*een rechtspersoon eveneens niet ontvankelijk zou zijn, indien hij, gelet op de omstandigheden van het*

²³ F. DANIS, E. FALLA en F. LEFEVRE, “Introduction aux principes de la Loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014/6, 572.

²⁴ Memorie van toelichting van het wetsontwerp van 17 januari 2014 houdende invoeging van de bepalingen die een aangelegenheid regelen als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet, in boek XVII “Bijzondere rechtsprocedures” van het Wetboek van economisch recht en tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek teneinde de hoven en rechtbanken te Brussel een exclusieve bevoegdheid toe te kennen om kennis te nemen van de rechtsvordering tot collectief herstel, bedoeld in boek XVII, titel 2, van het Wetboek economisch recht, *Parl.St.* Kamer, 2013-2014, nr.53-3301/1, 10-11.

²⁵ C. CAUFFMAN, “Een model voor een Belgische class action? De advocatuur neemt het voortouw”, *RW* 2009-10, 702; C. DE BACKERE en N. DE LATHAUWER, “Contingent Fees: Beyond the intuitive threat”, *Jura Falc.* 2012-13, 101; H.M. KRITZER, *Risks, reputations, and rewards: contingency fee legal practice in the United States*, Stanford, Stanford University Press, 2004, 1.

²⁶ E. FALLA, “Vers un mécanisme belge d'accord de réparation collective : quels enseignements pouvons-nous tirer de l'expérience néerlandaise?”, *RDIDC* 2013, vol. 2013, 603.

²⁷ Nota n.a.v. Verslag, *Kamerstukken II* 2003-04, 29414, nr. 7, 2; zie ook B.W.G. VAN DER VELDEN, “Juridische afwikkeling massaschade nu (bijna) perfect”, *TOP* 2011, afl. 6, 243 en W. VANDENBUSSCHE, “Grensoverschrijdende collectieve vorderingen van gedupeerde beleggers”, *RW* 2013, 253.

²⁸ B.J. DE JONG, “Een Claimcode voor stichtingen die collectieve acties initiëren?”, *OR* 2010, 239.

geval, niet voldoende representatief is ter zake van de belangen van degenen ten behoeve van wie de rechtsvordering is ingesteld”²⁹.

Het feit dat benadeelden in België niet zelf een rechtsvordering tot collectief herstel kunnen instellen, vormt op het eerste gezicht een belemmering voor de aanpak van massale schendingen van persoonsgegevensrechten. De vraag rijst immers welke van de – op dit moment – acht erkende organisaties het voortouw zal nemen als groepsvertegenwoordiger. Test-Aankoop lijkt de meest voor de hand liggende groepsvertegenwoordiger te zijn. Op de website van Test-Aankoop wordt alvast aan consumenten gemeld dat ze “[klaar] zijn om u te vertegenwoordigen”³⁰. Ook voor privacy geschillen lijkt deze organisatie de meest aangewezen kanshebber. De klachtenpagina van de website verwijst alvast naar een onderdeel ‘gezin en privéleven’.³¹ Daarnaast is het ook niet ondenkbaar dat de minister op termijn een vereniging die opkomt voor de belangen van personen wiens privacy is geschonden, erkent als groepsvertegenwoordiger (art. XVII.39, 2° WER).

C. HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

Verder zijn er nog een aantal bijzonderheden met betrekking tot het verloop van de procedure. In een eerste fase voert de rechter een ontvankelijkheidstoets door. Hij gaat na of de vertegenwoordiger voldoet aan de vereisten bedoeld in artikel XVII.39 WER. Zelfs wanneer dat het geval is, moet de rechter nog steeds beoordelen of de organisatie wel ‘geschikt’ is om als groepsvertegenwoordiger op te treden (art. XVII.36, 2° WER). Dat criterium is voornamelijk ingevoerd om een efficiënte vertegenwoordiging van de groepsleden te verzekeren, maar ook om verweerders te beschermen tegen nodeloos ingestelde vorderingen.³² Bovendien worden zo situaties vermeden waarbij meerdere vertegenwoordigers optreden voor dezelfde groep.³³ Aansluitend beoordeelt de rechter of de collectieve herstelprocedure doelmatiger is dan een vordering van gemeen recht (art. XVII.36, 3° WER).

Indien de vordering ontvankelijk wordt verklaard, spreekt de rechter zich uit over de wijze waarop de groep van consumenten moet worden gevormd die door de uitspraak zal gebonden zijn. Hiervoor heeft de rechter de keuze tussen een optiesysteem met inclusie (het systeem waarbij enkel de benadeelde consumenten die hun wil hebben geuit deel uit te maken van de groep hiervan ook werkelijk deel van zullen uitmaken) of exclusie (het systeem waarin alle consumenten benadeeld door de collectieve schade deel uitmaken van de groep, behoudens zij die hun wil hebben geuit hier geen deel van uit te maken). Daarop geldt een uitzondering wanneer de rechtsvordering strekt tot het herstel van lichamelijke of morele collectieve schade of ten aanzien van consumenten die niet gewoonlijk in België verblijven. In die gevallen is de rechter steeds verplicht het optiesysteem met inclusie te bevelen (art. XVII.43, §2, 3° WER en art. XVII.38, §1, 2° WER).

²⁹ Artikel 1 van Voorstel van Wet tot wijziging van de Wet collectieve afwikkeling massaschade, *Kamerstukken II* 2011-2012, 33126, nr. 2. Zie ook E. FALLA, “Vers un mécanisme belge d'accord de réparation collective : quels enseignements pouvons-nous tirer de l'expérience néerlandaise?”, *RDIDC* 2013, vol. 2013, 604.

³⁰ <http://www.test-aankoop.be/familie-prive/nc/nieuws/groepsvorderingen> (laatste consultatie: 3 september 2014).

³¹ Zie, bijvoorbeeld: www.test-aankoop.be/nt/nc/dossier/foto-op-het-internet-zonder-toestemming (laatste consultatie: 3 september 2014).

³² F. DANIS, E. FALLA en F. LEFEVRE, “Introduction aux principes de la Loi relative à l'action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014, 572.

³³ Merk op dat dit in Nederland wel mogelijk is (*cf. supra*).

Eén van de bijzonderheden van de Belgische wet is dat na het verstrijken van de optietermijn automatisch een verplichte onderhandelingsfase start die de groepsvertegenwoordiger en de geïnvestigde onderneming moet stimuleren om tot een minnelijk akkoord te komen (art. XVII.45 e.v. WER). Indien men een akkoord bereikt, kan het ter homologatie worden voorgelegd aan de rechter. Op die manier kan het tegenstelbaar worden gemaakt aan alle consumenten die deel uitmaken van de groep. Slechts indien de partijen er niet in slagen een onderling akkoord te bereiken, wordt de gerechtelijke procedure verdergezet en zal de rechter zich over de grond van de zaak uitspreken.

De nieuwe wet vertrouwt de concrete afhandeling van het schadeherstel toe aan een 'schadeafwikkelaar' die de rechtbank kiest uit de lijst van personen die bevoegd is om kennis te nemen van een vordering tot collectief herstel (art. XVII. 57 WER). De schadeafwikkelaar selecteert de (categorieën van) consumenten die aanspraak kunnen maken op herstel (art. XVII.58, §1 WER) en keert de schadevergoedingen uit die door het vonnis of in het gehomologeerd akkoord werden toegekend (art. XVII.59, §2 WER).

Het grootste verschil met de WCAM is dat het in Nederland enkel mogelijk is om een tussen de partijen buitengerechtelijk tot stand gekomen schikking algemeen verbindend te laten verklaren.³⁴ Bij de invoering in 2005 werd de keuze gemaakt om benadeelden niet toe te laten collectief een schadevergoeding te laten vorderen, maar om een alternatief voor de afwikkeling van massaschade te ontwikkelen. Het doel was om een mechanisme te introduceren dat zou bijdragen tot de afwikkeling van massaschade in een meer harmonieuze sfeer.³⁵ Toch is men op die visie aan het terugkomen. Zo werd op 7 juli 2014 een voorstel tot wijziging van de WCAM ingediend dat strekt tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie.³⁶

Op dit moment bestaat een procedure ingesteld door de WCAM uit twee fases. In een eerste fase wordt de schikking onderhandeld en afgesloten buiten het hof. In een daaropvolgende fase wordt een verzoek ingediend om de afgesloten schikking algemeen verbindend te verklaren. Het gevolg van de verbindendverklaring is dat de volledige groep gedupeerden door de uitspraak van de rechter aan de overeenkomst tot schadeafwikkeling is gebonden, tenzij een benadeelde kiest om uit de regeling te stappen en een zogenaamde *opt-out* verklaring aflegt (art. 7:908, lid 2 NBW).

De mogelijkheid om in België bij het niet-bereiken van een onderhandelde oplossing een vordering die strekt tot schadevergoeding op poten te zetten, kan een positieve zaak zijn voor slachtoffers van persoonsgegevensschendingen. Multinationals die worden beschuldigd van privacy-schendingen zullen vaak niet de gemakkelijkste partij aan de onderhandelingstafel zijn. Daarom kan de Belgische rechtsvordering tot collectief herstel aan de ene kant zorgen voor *incentives* wanneer de schadeveroorzakende partij niet wil schikken, maar aan de andere kant ook een uitkomst bieden via alternatieve geschillenoplossing wanneer de partijen zich wel op één lijn bevinden. Een nadeel van de Belgische procedure bij inbreuken op persoonsgegevens is dat er steeds sprake zal zijn van een optiesysteem met inclusie, omdat de collectiviteit andere dan lichamelijke schade zal hebben geleden

³⁴ F.B. FALKENA en M.F.J. HAAK, "De nieuwe wettelijke regeling afwikkeling massaschade", *AV&S* 2004, 37 of M.-J. VAN DER HEIJDEN, "Class Actions / Les Actions Collectives", *EJCL* 2010, 3, www.ejcl.org (consultatie 31 mei 2013).

³⁵ Evaluatie van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, *Kamerstukken II* 2008-09, 31 762, nr. 3.

³⁶ Voorstel van wet tot wijziging van het burgerlijk wetboek en het wetboek van burgerlijke rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken, www.internetconsultatie.nl/motiedijksma.

(cf. *infra*). Daardoor zullen benadeelden zich steeds actief moeten aanmelden bij de groepsvertegenwoordiger.

D. HET BEVOEGDE RECHTSCOLLEGE

Bij de invoering van de nieuwe wetgeving werd de keuze gemaakt om de rechtbank van eerste aanleg (of desgevallend rechtbank van koophandel) en het hof van beroep te Brussel als enige bevoegd te maken voor rechtsvorderingen tot collectief herstel (art. 633ter Ger.W.). Daarbij inspireerde de Belgische wetgever zich op de Nederlandse WCAM, waar het gerechtshof te Amsterdam eveneens bij uitsluiting bevoegd is om de schikkingen algemeen verbindend te verklaren (art. 1013, lid 3 Rv.). In Nederland werd voor een exclusieve bevoegdheid van het Amsterdamse hof gekozen omdat men hoopte dat de concentratie bij één gerechtshof zou leiden tot de opbouw van expertise. Bovendien had de Ondernemingskamer in Amsterdam al een zekere deskundigheid opgebouwd op het vlak van financiële zaken.³⁷

Zoals hoger vermeld, kon de betrokkene in het verleden de rechtmatige verwerking van zijn persoonsgegevens enkel afdwingen via een individuele procedure bij de rechtbank of via een klacht bij de Privacycommissie.³⁸ Met de nieuwe wettelijke regeling kan dit voortaan ook gezamenlijk met anderen wanneer zij door eenzelfde oorzaak worden getroffen, zij het dat voor deze procedure enkel de Brusselse rechtbank bevoegd is.

§3. ENKELE POTENTIËLE STRUIKELBLOKKEN

A. HOEDANIGHEID SCHADELIJDERS

De Belgische wetgever tracht met de nieuwe regelgeving de toegang tot het recht te vergemakkelijken voor de consument.³⁹ Artikel XVII.38 WER stelt duidelijk dat de groep wordt gevormd door *consumenten*. Nochtans, doordat een schending van de WVP in aanmerking komt als grondslag voor de rechtsvordering (art. XVII.37, 10° WER), rijst de vraag of deze notie van consument dezelfde lading dekt als de notie van ‘betrokkene’ in de zin van art. 1, §1 WVP, *i.e.* “iedere geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon”⁴⁰.

Het WER definieert een ‘consument’ als “*iedere natuurlijke persoon die handelt voor doeleinden die buiten zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit vallen*”.⁴¹ Wie geen natuurlijke persoon is, zoals onder andere een KMO, valt niet onder de bescherming van de nieuwe regelgeving. Niettemin zouden kleine en middelgrote ondernemingen in bepaalde gevallen als beschermenswaardige, zwakkere contractspartij moeten kunnen worden behandeld.⁴² In het kader van sociale netwerksites,

³⁷ MvT, *Kamerstukken II* 2003-04, 29414, nr. 3, 16.

³⁸ R. DE CORTE, “Verwerking persoonsgegevens nog strikter geregeld”, *Juristenkrant* 2001, afl. 33, 15.

³⁹ F. DANIS, E. FALLA en F. LEFÈVRE, “Introduction aux principes de la Loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014/6, 563.

⁴⁰ Zie hierover, bijvoorbeeld: J. DUMORTIER, en Y.S. VAN DER SYPE, “Recente ontwikkelingen in het privacyrecht: 2010-2013”, in VRG Alumni (red.), *Recht in beweging – 21^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2014, 159.

⁴¹ Art. I.1, 2°. Vgl.: R. STEENNOT, “Consument”, *NJW* 2014, 39.

⁴² Zie hierover: P. BRULEZ, “Creating a Consumer Law for Professionals: Radical Innovation or Consolidation of National Practices?” in I. Samoy en M. Loos (eds.), *The Position of Small and Medium Sized Enterprises in*

is men consument wanneer men als privégebruiker een account of gebruikersnaam aanmaakt. Iemand die bijvoorbeeld een Facebook-account aanmaakt, moet zich registreren via de website. Bij deze registratie moet de gebruiker uitdrukkelijk toestemmen met een “verklaring van rechten en verantwoordelijkheden”. Deze verklaring bestaat uit algemene voorwaarden, waarin meerdere juridische verbintenissen vervat zijn. Door de registratie en de toestemming met het door Facebook gehanteerde beleid ontstaat tussen de gebruiker en Facebook een contractuele relatie (dewelke noodzakelijk is om als consument beschouwd te worden).⁴³

Daarenboven is het noodzakelijk dat, om grondslag te vinden in de WVP, daadwerkelijk persoonsgegevens van individuen worden verwerkt (art. 3 WVP). De geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon wiens persoonsgegevens worden verwerkt, wordt door de wet aangeduid als ‘betrokkene’. ‘Persoonsgegevens’ zijn alle gegevens die toelaten een natuurlijke persoon te identificeren, met welk redelijkerwijs inzetbaar middel ook. Om een gegeven als persoonsgegeven te bestempelen is het bijgevolg voldoende dat ook enig ander persoon dan de verantwoordelijke voor de verwerking redelijkerwijs een middel kan inzetten om de natuurlijke persoon te identificeren.⁴⁴

Kortom, indien schadelijders een rechtsvordering tot collectief herstel willen instellen, moeten zij in eerste instantie voldoen aan de voorwaarden van het WER. De noodzakelijke hoedanigheid van consument is evenwel niet voldoende, omdat het WER vervolgens teruggrijpt naar de WVP. In tweede instantie moet de consument dus ook een betrokkene zijn in de zin van de WVP. Het is daarom duidelijk dat, om toepassing te vinden, een benadeelde zowel een consument in de zin van het WER als een betrokkene in de zin van de WVP moet zijn.

B. GEMEENSCHAPPELIJKE OORZAAK

Het nieuwe artikel XVII.38 WER bepaalt dat de groep wordt gevormd door het geheel van consumenten die, ten persoonlijke titel, schade hebben geleden als gevolg van een *gemeenschappelijke oorzaak*. De rechter moet de ingeroepen oorzaak van de collectieve schade in de ontvankelijkheidsbeslissing vermelden (art. XVII. 38 WER *juncto* art. XVII.43, §2, 2° WER). De vereiste van gemeenschappelijke oorzaak onderscheidt de collectieve rechtsvordering van de bepalingen betreffende de vordering tot staking (art. 110 e.v. WMPC). Deze laatste vordering beoogt immers enkel een onrechtmatige handeling die de collectieve belangen van consumenten schaden te staken.⁴⁵

Collectieve schade wordt omschreven als “het geheel van alle individuele schade die een gemeenschappelijke oorzaak heeft en die de leden van een groep hebben geleden” (art. I.21 WER). De wet definieert het begrip ‘gemeenschappelijke oorzaak’ verder niet in de wet. Daarom blijft het onduidelijk wat een zogenaamde gemeenschappelijke oorzaak inhoudt, temeer omdat dit begrip vreemd is aan het gemeen aansprakelijkheidsrecht. De wetgever is hier enigszins onduidelijk geweest met het begrip gemeenschappelijke oorzaak, temeer omdat er verwarring kan ontstaan met de

European Contract Law in Ius Commune: European and Comparative Law Series, vol. 21, Antwerpen, Intersentia, 2013, 1.

⁴³ I. SAMOY, P. VALCKE, S. JANSEN, *et.al.*, “Facebook maakt privéberichten openbaar: een casus contractuele aansprakelijkheid?”, *Juristenkrant* 2012, afl. 259, 10.

⁴⁴ Zie hierover, bijvoorbeeld: J. DUMORTIER, en Y.S. VAN DER SYPE, “Recente ontwikkelingen in het privacyrecht: 2010-2013”, in VRG Alumni (red.), *Recht in beweging – 21^{ste} VRG-Alumnidag*, Antwerpen, Maklu, 2014, 159.

⁴⁵ F. DANIS, E. FALLA en F. LEFÈVRE, “Introduction aux principes de la Loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014, afl. 6, 562.

procedurele juridische oorzaak van de vordering.⁴⁶ Ook het wetsontwerp van 17 januari 2014 maakt op een verwarrende wijze melding van de vereiste dat de schadegevallen een gemeenschappelijke oorzaak moeten hebben – en niet louter identiek mogen zijn – én dat gelinkte feitelijke en juridische kwesties in eenzelfde procedure moeten kunnen behandeld worden.⁴⁷

Niettemin is het volgens de voorbereidende werken niet nodig dit begrip in de wet te omschrijven, *“aangezien het begrip causaliteit in het wettelijke aansprakelijkheidsrecht voldoende is uitgewerkt om te begrijpen dat het begrip gemeenschappelijke oorzaak verwijst naar het begrip ‘feit dat ten gronde ligt aan de schade waarvan verschillende consumenten het slachtoffer zijn’”*⁴⁸. Het begrip gemeenschappelijke oorzaak moet aldus geïnterpreteerd worden als het schadeverwekkend feit of de fout in de zin van het gemeenrechtelijk aansprakelijkheidsrecht, dat in een oorzakelijk verband staat met de schade die de verschillende leden van een groep hebben geleden.

De vraag rijst vervolgens of de vereiste van gemeenschappelijke oorzaak of, meer bepaald, het schadeverwekkend feit dat ten gronde ligt aan de schade waarvan verschillende consumenten het slachtoffer zijn, zonder meer toepassing kan vinden bij inbreuken op de WVP. Het antwoord op die vraag is positief. De nieuwe wet bepaalt uitdrukkelijk dat een ingeroepen oorzaak (lees: schadeverwekkend feit), die een inbreuk op de WVP uitmaakt, onder zijn toepassingsgebied valt (art. XVII. 36 WER *juncto* art. XVII. 37, 10° WER).

Als eerste voorbeeld kan gedacht worden aan de lopende collectieve vordering tegen Facebook, waarbij bepaalde toepassingen van de programma's van de sociale netwerksite als schadeverwekkende feiten worden beschouwd (bv. het doorspelen van gegevens aan overheidsinstanties en commerciële organisaties). In het Belgische recht kan in deze situatie gedacht worden aan een schending van art. 4, §1, 2° WVP dat bepaalt dat persoonsgegevens enkel verwerkt kunnen worden voor 'welbepaalde, uitdrukkelijke omschreven en gerechtvaardigde doeleinden' en niet verder op een wijze die onverenigbaar is met dat doel. Daarnaast vormen de grootschalige datalekken op het internet een goede illustratie. In dat geval is de verantwoordelijke van de verwerking er niet in geslaagd om op behoorlijke wijze de door hem verwerkte persoonsgegevens te beschermen. Nochtans bepaalt artikel 16, §4 WVP dat de verantwoordelijke van de verwerking, en in voorkomend geval zijn vertegenwoordiger in België, alsmede de verwerker, de gepaste technische en organisatorische maatregelen moet treffen die nodig zijn voor de bescherming van de persoonsgegevens tegen toevallige of ongeoorloofde vernietiging, tegen toevallig verlies, evenals tegen de wijziging van of de toegang tot, en iedere andere niet toegelaten verwerking van persoonsgegevens.

C. OORZAKELIJK VERBAND

⁴⁶ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS, *et al.*, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 91, nr. 166; P. VAN ORSHOVEN en B. ALLEMEERSCH, *Gerechtelijk Recht. Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, Leuven, Acco, 2013, 204, nr. 261.

⁴⁷ Wetsontwerp tot invoeging van titel 2 “Rechtsvordering tot collectief rechtsherstel” in boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van Economisch Recht, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 53 3300/001, 8.

⁴⁸ Verslag over het wetsontwerp tot invoeging van titel 2 “Rechtsvordering tot collectief rechtsherstel” in boek XVII “Bijzondere gerechtelijke procedures” van het Wetboek van Economisch Recht en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XVII in boek I van het Wetboek van Economisch Recht, *Parl. St.* Kamer 2013-14, nr. 53 3300/004, 27.

Om onder het Belgische recht aanspraak te kunnen maken op een vergoeding voor een bepaalde inbreuk, moet er sprake zijn van een oorzakelijk verband tussen de tekortkoming en de schade.⁴⁹ Het aantonen van dat oorzakelijk verband kan in de context van de bescherming van persoonsgegevens soms moeilijk worden geacht. Dat is het geval wanneer de inbreuk slechts bestaat of tot uiting komt ten gevolge van een bepaalde externe invloed, zoals bijvoorbeeld bij *hacking*. De verantwoordelijke van de verwerking is verplicht de onder zijn toezicht verwerkte gegevens zorgvuldig te beschermen. Hij moet hiervoor de noodzakelijke technische en organisatorische veiligheidsmaatregelen nemen. Deze maatregelen moeten een passend beveiligingsniveau verzekeren, rekening houdend met de stand van de techniek terzake en de kosten voor het toepassen van de maatregelen, enerzijds, en anderzijds, met de aard van de te beveiligen gegevens en de potentiële risico's (art. 16 §4 WVP). Indien een verantwoordelijke zulke gepaste veiligheidsmaatregelen nam, maar er toch nog een gegevenslek ontstond, rijst de vraag of de verantwoordelijke hier eventueel een vreemde oorzaak zou kunnen invoeren. In dat geval zou de verantwoordelijke bevrijd zijn van enige aansprakelijkheid. In geen geval zal de verantwoordelijke de dans kunnen ontspringen wanneer de schadelijder kan aantonen dat de schade mede veroorzaakt werd doordat de verantwoordelijke naliet om op zorgvuldige wijze de persoonsgegevens van haar gebruikers te beschermen.

D. SCHADE

In tegenstelling tot grootschalige rampen (zoals de gasontploffing in Ghislenghien) en de ondergang van beursgenoteerde ondernemingen (zoals Lernout & Hauspie en Fortis), besteedt de rechtsleer traditioneel weinig aandacht aan de (massa)schade die ontstaat uit inbreuken op gegevensbeschermingswetgeving op het internet.⁵⁰ Een eerste mogelijke verklaring is dat het niet voor de hand ligt om het uitlekken van persoonsgegevens te verbinden met de klassieke schadevereiste. Bovendien baseren de Belgische hoven en rechtbanken zich slechts in uitzonderlijke gevallen op de WVP en staat het herstel van de geleden schade meestal niet voorop. De gepubliceerde vonnissen en arresten handelen eerder over strafrechtelijke overtredingen⁵¹, machtigingen tot afschrift⁵², onrechtmatig verkregen bewijs⁵³ of vorderingen tot staking⁵⁴.

⁴⁹ Art. 1151 BW spreekt bij contractuele aansprakelijkheid niet over een oorzakelijk verband, maar over een onmiddellijk en rechtstreeks gevolg van het niet-uitvoeren van de overeenkomst. Toch is het niet geheel ondenkbaar dat er op buitencontractuele basis wordt gevorderd. Artikel 38 WVP bestraft de verantwoordelijke die de bepalingen met betrekking tot de technische en organisatorische beveiligingsregelen uit artikel 16 §1 niet naleeft met een geldboete, zodat er voldaan kan zijn aan de voorwaarden om het samenloopverbod te overstijgen (S. STIJNS, "Samenloop van civielrechtelijke aansprakelijkheidsregimes: quo vadis?" in H. VUYE en Y. LEMENSE (eds.), *Springlevend Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, (141) 141).

⁵⁰ E. DE BAERE, "Procederen in zaken van massaschade: naar een *class action* in het Belgische recht", *TPR* 2007, 10; L. SCHUERMANS, "Het paard van Troje is niet opgetuigd", *RW* 2005, 721; S. VOET, *Een Belgische vertegenwoordigende collectieve rechtsovername*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 50. Anders: I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS, *et al.*, "De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)", in B. DEBAENST en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804- heden)*, Brugge, Die Keure, 2014, 158; I. SAMOY, P. VALCKE, S. JANSEN, *et al.*, "Facebook maakt privéberichten openbaar: een casus contractuele aansprakelijkheid?", *Juristenkrant* 2012, afl. 259, 10.

⁵¹ Corr. Gent 22 januari 2001, *onuitg.*, aangehaald door R. DE CORTE, "Wat Promedia mag, mag De Klapper niet", *Juristenkrant* 2001, afl. 31, 12.

⁵² Rb. Kortrijk 18 november 2005, *Not.Fisc.M.* 2007, 67, noot E. ALOFS en S. GUTWIRTH.

⁵³ Bergen 2 maart 2010, *JT* 2010, afl. 6393, 296, noot D. MOUGENOT, *JLMB* 2012, 492.

Niettemin kan alle schade die onder het gemeen recht voor vergoeding in aanmerking komt, het voorwerp uitmaken van een rechtsvordering tot collectief herstel.⁵⁵ Daarom moeten we ook voor deze specifieke casus van onrechtmatige gegevensverwerkingen op het internet de tweevoudige beoordeling van schade doorvoeren. In de eerste plaats moet worden nagegaan of er effectief schade is geleden (1). Daarna moet de omvang van de schade worden begroot (2).

1. DE VASTSTELLING VAN HET BESTAAN

Het bestaan van schade wordt vaak als vanzelfsprekend beschouwd. Dit is in de specifieke casus van grootschalige inbreuken op de WVP nochtans minder evident. De vraag rijst welke schade een internetgebruiker effectief lijdt door het ongeoorloofd gebruik van zijn persoonsgegevens, doordat die bijvoorbeeld openbaar werden gemaakt of aan derden werden doorverkocht.

In de meeste gevallen zal de onrechtmatige verwerking geen patrimoniale schade teweegbrengen die gemeenschappelijk is aan alle schadelijders. Wel is het denkbaar dat het uitlekken van persoonlijke informatie bij bepaalde individuen materiële schade veroorzaakt. Men kan hier bijvoorbeeld denken aan de gevolgen van een gewelddadige ruzie, een echtscheiding, het ontslag door een werkgever, het mislopen van een carrièrekans of het verlies van het recht op gezondheidszorg⁵⁶. Deze schade is in die gevallen heel erg verschillend van persoon tot persoon, zodat de rechter waarschijnlijk zal vaststellen dat de individuele procedure doelmatiger is dan de rechtsvordering tot collectief herstel (art. XVII.36, 3° WER).

Daarom komt bij de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens ‘morele schade’ die gemeenschappelijk is aan alle getroffen in beeld. Een recent FRA-rapport bevestigt dit aangezien blijkt dat slachtoffers van inbreuken op gegevensbeschermingswetgeving het effect van de inbreuk voornamelijk beschrijven in psychologische of sociale termen.⁵⁷ Daarnaast leren de getuigenissen van slachtoffers ons dat voornamelijk reputatieschade als belastend wordt ervaren. Volgens vaste rechtspraak in België betekent ‘morele schade’ dat de benadeelde pijn of verdriet heeft of zijn psychisch welbehagen om andere redenen vermindert.⁵⁸

Het schadebegrip kent een bijzonder ruime invulling in het Belgische recht. De schending van een subjectief recht is niet vereist. Het is voldoende dat degene die aanspraak maakt op een vergoeding een feitelijk nadeel heeft geleden.⁵⁹ Daarnaast moet er sprake zijn van een zekere schade. Dat betekent dat de schade moet vaststaan en niet gesteund mag zijn op loutere veronderstellingen of

⁵⁴ Brussel 15 februari 2005, *Bank Fin.R.* 2005, 273, noot N. DAUBIES en M. MAIRLOT, *Computerr.* 2005, 139, noot, *Jb.Hand.* 2005, 49; Voorz. Kh. Brussel 16 juni 2003, *DCCR* 2004, 88, noot L. KERZMANN, *Jb.Hand.* 2003, 311 en *TBH* 2003, 900, noot.

⁵⁵ F. DANIS, E. FALLA en F. LEFEVRE, “Introduction aux principes de la Loi relative à l’action en réparation collective et premiers commentaires critiques”, *TBH* 2014, 571.

⁵⁶ I. SAMOY, P. VALCKE, S. JANSEN, *et.al.*, “Facebook maakt privéberichten openbaar: een casus contractuele aansprakelijkheid?”, *Juristenkrant* 2012, afl. 259, 10.

⁵⁷ FRA (EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS), “Access to Data Protection Remedies in EU Member States”, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-access-data-protection-remedies_en.pdf, 2014, 28.

⁵⁸ Cass. 13 oktober 1999, *Arr.Cass.* 1999, 1255, *Pas.* 1999, I, 1308, *Verkeersrecht* 2000, 54; Cass. 9 februari 2006, *NJW* 2006, 798.

⁵⁹ E. DE KEZEL, “Juridische bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen. Onderzoek naar de rol van het aansprakelijkheidsrecht als instrument voor de bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen naar aanleiding van het ‘Jeffrey-arrest’ van de Nederlandse Hoge Raad”, *TPR* 2003, 533; J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS, *et al.*, *Schade en Schadeloosstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1988, 27.

gissingen.⁶⁰ Ten slotte moeten de schadelijders een rechtmatig en persoonlijk belang hebben dat geschonden is.⁶¹

Wanneer we de mogelijke inbreuken op de WVP toetsen aan de bovenstaande criteria, kunnen we vaststellen dat er in ieder geval sprake moet zijn van een ‘feitelijk nadeel’. Het is daarom noodzakelijk dat de rechter nagaat (1) welke de negatieve gevolgen zijn van een bepaald gegevenslek, en (2) of die schadelijke gevolgen juridisch voor vergoeding in aanmerking komen.⁶² Wij stellen ons de vraag of iedere verspreiding van persoonsgegevens als vergoedbare schadepost in aanmerking komt. Kunnen we spreken van schade bij inbreuken op alle types van persoonsgegevens? Bestaat er bijvoorbeeld geen onderscheid tussen lekken waarbij slechts niet-gevoelige gegevens worden bekendgemaakt (zoals het gegevenslek bij de NMBS) en lekken waarbij gevoelige gegevens worden openbaar gemaakt (zoals bijvoorbeeld uit een databank van een verzekeringsmaatschappij)?⁶³ Anderzijds mogen we niet vergeten dat de opslag, toegang en verwerking van grote hoeveelheden gegevens drastisch is vereenvoudigd. Hierdoor kan de combinatie van verschillende niet-gevoelige (of zelfs op zichzelf niet-identificeerbaar gegevens) de betrokkene op termijn toch nog tot nadeel strekken. Minstens kan door het gebruik ervan het recht van de individu op persoonsgegevensbescherming worden geschonden (denk bijvoorbeeld aan Flurry, Google Analytics, etc.).

Daarom moeten we misschien de tussenpositie innemen dat het begrip schade door schending van de WVP niet al te beperkend mag worden geïnterpreteerd. De WVP beoogt steeds de rechtmatige verwerking van persoonsgegevens. Bovendien ligt de oorsprong van de wet tot collectief herstel net in de bedoeling om elke schade – hoe miniem ook – te vergoeden. In ieder geval zou er telkens een evaluatie moeten plaatsvinden van de mate van gevoeligheid van de gegevens en de al dan niet schadelijke impact van de verspreiding, hoewel dat allerminst eenvoudig is.

2. DE BEGROTING

In het Belgische recht geldt het principe van de integrale schadeloosstelling. Een schadevergoeding moet juist, passend en volledig zijn.⁶⁴ Normaal gezien gebeurt de evaluatie van de omvang van de schade *in concreto*. De rechter plaatst zich op de dag van de uitspraak en stelt het negatieve verschil

⁶⁰ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 54.

⁶¹ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, Die Keure, 2013, 102, nr. 131; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 638; W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 450.

⁶² E. DE KEZEL, “Juridische bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen. Onderzoek naar de rol van het aansprakelijkheidsrecht als instrument voor de bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen naar aanleiding van het ‘Jeffrey-arrest’ van de Nederlandse Hoge Raad”, *TPR* 2003, 532.

⁶³ R. DE CORTE, “Wat Promedia mag, mag De Klapper niet”, *Juristenkrant* 2001, afl. 31, 12. *Contra* Advies 18 juli 1995 Commissie Bescherming Persoonlijke Levenssfeer (CBPL).

⁶⁴ J. RONSE, L. DE WILDE, A. CLAEYS, *et al.*, *Schade en Schadeloosstelling in APR*, Gent, Story-Scientia, 1988, 172; I. SAMOY, W. VANDENBUSSCHE, E. VERJANS, *et al.*, “De dynamiek van het schadevereiste (1804-heden)”, in B. DEBAENST en B. DELBECKE (eds.), *Vangnet of springplank? Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht in een moderne samenleving (1804- heden)*, Brugge, Die Keure, 2014, 134.

vast tussen de huidige toestand en de toestand waarin het slachtoffer zich zou hebben bevonden indien de fout niet was gepleegd.⁶⁵

Aangezien bij morele schade de vergelijking met de vooraf bestaande toestand niet mogelijk is, wordt deze schadepost *ex aequo et bono* begroot.⁶⁶ Exacte bedragen zijn moeilijk te voorspellen, maar de symbolische genoegdoening (bijvoorbeeld één euro) lijkt bij grootschalige onrechtmatige verwerkingen zeker een optie te zijn.⁶⁷ Daarnaast is één individueel geval te vinden waarin *ex aequo et bono* 2.000 EUR werd toegekend ter compensatie voor de bekendmaking van gevoelige gegevens. *In casu* had een verzekeringsonderneming persoonlijke informatie over de gezondheid van haar verzekerde doorgegeven aan de schoonmoeder van die laatste. Het Hof van Beroep te Brussel erkende dat de verzekerde daardoor schade had geleden, omdat die informatie behoorde tot haar intimiteit en ze die ook uitdrukkelijk niet wenste te delen met haar schoonmoeder.⁶⁸

De toekenning van een gelijkaardige som op grote schaal lijkt bij een massale schending van vertrouwelijke gegevens moeilijk in te beelden. Het bedrag van 2.000 EUR doet vermoeden dat de rechter de verzekeraar een signaal wilde geven om in de toekomst geen dergelijke inbreuken meer te begaan. Over het algemeen wil men in het Belgische recht immers een evolutie in de richting van de Amerikaanse *class actions* met de punitieve schadevergoedingen vermijden.⁶⁹ Bovendien houdt men ook op het niveau van individuele schadegevallen stevig vast aan de regel van het objectieve herstel. De rechter mag geen rekening houden met andere elementen (zoals de ernst van de overtreding, de financiële toestand van de partijen, het wijzigen van een beleid, enzovoort) dan het herstel van een geleden verlies.⁷⁰

Ook hier loont het de moeite om te verwijzen naar de claim die tegen Facebook werd ingesteld voor de rechtbank te Wenen. Daar vorderde men 500 EUR per gebruiker voor de schending van de Europese (Oostenrijkse) gegevensbeschermingswetgeving.⁷¹ Gelet op het voorgaande is het weinig realistisch dat dergelijk bedrag onder het Belgische recht zou worden toegekend. De *lead plaintiff* gaf immers openlijk te kennen dat de eerste doelstelling niet het herstel van de geleden schade betreft, maar daarentegen de correcte naleving van de privacywetgeving beoogt.⁷² De geleden schade moet steeds vergoed worden, maar een bedrag van 500 EUR dat niet gestaafd wordt met een onderbouwde argumentatie kan bezwaarlijk als algemene norm worden aangenomen.

⁶⁵ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, 54, 170; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Ibis, Brugge, Die Keure, 2013, 100.

⁶⁶ C. BOTMAN, "De la réparation du dommage dans l'hypothèse de l'introduction en droit belge d'une action collective de type opt-out : importation du modèle québécois?", *RGAR* 2013, nr. 14934, 6; A. VAN OEVELEN, C. PERSYN, B. DE TEMMERMAN, *et al.*, "Onrechtmatige daad: schade en schadeloosstelling", *TPR* 2007, 960.

⁶⁷ Cass. 12 oktober 2001, *JLMB* 2002, 400, noot F. JONGEN. Zie ook I. SAMOY, P. VALCKE, S. JANSEN, *et al.*, "Facebook maakt privéberichten openbaar: een casus contractuele aansprakelijkheid?", *Juristenkrant* 2012, afl. 259, 10.

⁶⁸ Brussel 13 mei 2002, *RGAR* 2005, nr. 14047.

⁶⁹ M. PIERS, "Class actions. Verenigde Staten v. Europa. Rechtsvergelijkende beschouwingen naar aanleiding van de Wal-Martzaak", *NJW* 2007, 832; L. SCHUERMANS, "Het paard van Troje is niet opgetuigd", *RW* 2005, 727; E. STOOP, "Class action", *Ad Rem* 2008, vol. 2008, 35. Hoewel bepaalde auteurs in het domein van de schending van persoonlijkheidsrechten een tendens naar punitieve schadevergoedingen zien (zie hierover, bijvoorbeeld: D. DE CALLATAÏ en N. ESTIENNE, *La responsabilité civile: chronique de jurisprudence 1996-2007: Le dommage*, Brussel, Larcier, 2009, 484.

⁷⁰ T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 666.

⁷¹ Zie: www.standaard.be/cnt/dmf20140804_01203788 (laatste consultatie 19 augustus).

⁷² Zie: www.europe-v-facebook.org/sk/pa_en.pdf (laatste consultatie 19 augustus).

§4. CONCLUSIE

De nieuwe regelgeving betreffende de rechtsvordering tot collectief herstel maakt het sinds 1 september 2014 mogelijk om, voor bepaalde inbreuken begaan door een onderneming, herstelprocedures te starten zonder dat de individuele consumenten procespartij zijn.

Inbreuken die op het internet worden begaan tegen de WVP kunnen grootschalige en wijdverspreide gevolgen met zich meebrengen. De geschetste voorbeelden illustreren hoe de totaalwaarde van dergelijke inbreuken drastisch kan oplopen, terwijl de potentiële schade van individuele consumenten vaak eerder beperkt blijft. Dit fenomeen van strooischade, dat kenmerkend is voor inbreuken op de WVP, is een reden waarom de nieuwe rechtsvordering tot collectief herstel een waardevolle rol zou kunnen spelen in het Belgische persoonsgegevensbescherming-verhaal.

In het eerste luik van deze bijdrage werd de nieuwe regelgeving kort uiteengezet in het licht van de WVP. Daarbij werd ook even over de grenzen heen gekeken om kort het Belgische mechanisme met dat van Nederland te vergelijken. De belangrijkste vaststelling was dat slechts een beperkt aantal organisaties kan optreden als groepsvertegenwoordiger. Dat zou de vlotte toepassing van de nieuwe wetgeving op de WVP kunnen bemoeilijken, omdat het moeilijk is om in te schatten welke van die organisaties het voortouw zal nemen om de privacybelangen van de Belgische consument te beschermen.

In het tweede luik werd gekeken naar enkele andere specifieke struikelblokken die de toepassing van de WVP als grondslag voor een rechtsvordering tot collectief herstel in de weg zouden kunnen staan. Ten eerste werd toegelicht hoe de voorwaarde om zowel ‘betrokkene’ in de zin van de WVP, als ‘consument’ in de zin van het WER te zijn, een cumulatieve toepassingsvoorwaarde inhoudt. Indien schadelijders een rechtsvordering tot collectief herstel willen instellen, moeten zij in ieder geval voldoen aan de voorwaarde van het WER om consument te zijn. De noodzakelijke hoedanigheid van consument is echter niet voldoende, daar het WER vervolgens teruggrijpt naar de WVP. Het is daarom duidelijk dat, om toepassing te vinden, een benadeelde zowel een consument in de zin van het WER als een betrokkene in de zin van de WVP moet zijn.

Ten tweede werd dieper ingegaan op de vereiste van de ‘gemeenschappelijke oorzaak’ van de schade. Artikel XVII.38 WER bepaalt immers dat de groep moet schade hebben geleden als gevolg van een gemeenschappelijke oorzaak. In het kader van de WVP zal er van zulke gemeenschappelijke oorzaak bijvoorbeeld sprake zijn wanneer een sociale netwerksite de persoonsgegevens van haar leden deelt met derden zonder de hiervoor noodzakelijke voorafgaande toestemming te vragen aan de betrokkenen.

Hier nauw bij aansluitend, werd ook de vereiste van het oorzakelijk verband tussen de tekortkoming en de schade onder de loep genomen. Bijzondere aandacht ging hierbij uit naar de impact van externe invloeden op de tekortkoming van de verantwoordelijke van de verwerking, zoals bijvoorbeeld het geval is bij een *hacking*.

De grootste hindernis werd echter gesitueerd in de discussie rond het bestaan en de begroting van de schade. Om voor vergoeding in aanmerking te komen moet de schade bestaan en zeker zijn. In de specifieke casus van inbreuken tegen de WVP is schade geen vanzelfsprekend feit. Hoewel dat niet ondenkbaar is, zal de onrechtmatige verwerking van persoonsgegevens in de meeste gevallen geen patrimoniale schade teweegbrengen die gemeenschappelijk is aan alle schadelijders. Meestal beschrijven slachtoffers van WVP-inbreuken hun schade in psychologische of sociale termen (morele

schade). Nochtans kan het begrip schade niet te beperkend worden geïnterpreteerd. Het is immers de bedoeling van de WVP om elke verwerking van persoonsgegevens rechtmatig te laten gebeuren. Bovendien is de *ratio legis* van de rechtsvordering tot collectief herstel nu juist om elke schade – hoe miniem ook – te vergoeden. Volgens ons moet het bestaan van de schade daarom niet al te restrictief worden geïnterpreteerd. Ten slotte is ook de begroting van de schade geen evidentie. In het Belgisch aansprakelijkheidsrecht staan het principe van de integrale schadeloosstelling en de regel van het objectieve herstel centraal. De bestaande discussie over de begroting van morele schade in combinatie met het collectief karakter van de nieuwe rechtsvordering belooft daarom interessante argumentaties met zich mee te brengen.

Dit alles in acht genomen, kunnen we besluiten dat geen van de besproken knelpunten de vlotte werking van de rechtsvordering tot collectief herstel per se dient te verhinderen. De nieuwe regelgeving kan aldus een meerwaarde betekenen voor individuen in de uitoefening van hun persoonsgegevensrechten. Daarbij moeten we wel toegeven dat de toepassing van het nieuwe mechanisme bij de bescherming van persoonsgegevens een uiterst complexe denkoefening vereist, waarvoor nog geen gestandaardiseerde oplossing bestaat. In ieder geval zou de zoektocht naar zo'n standaardoplossing de efficiënte bescherming van de persoonsgegevensrechten van de Belgische burger ten goede komen.